

TRANSNATIONAL FORCE OF LAW

FUNDED BY THE EUROPEAN RESEARCH COUNCIL

Publikation im Rahmen des ERC Projektes

TRANSNATIONAL FORCE OF LAW

unter der Leitung von Andreas Fischer-Lescano

Weitere Informationen zum Projekt finden Sie
unter: www.tfl.uni-bremen.de

This project has received funding from
the European Research Council (ERC)
under the European Union's Horizon
2020 research and innovation
programme (ERC-2014-CoG, No.
647313-Tansnational Force of Law,
Andreas Fischer-Lescano)



European Research Council

Established by the European Commission

TRANSNATIONAL FORCE OF LAW (gefördert durch den European Research Council)
Universität Bremen — Zentrum für Europäische Rechtspolitik
Büro: Mar Escudero Morón • Telefon +49(0)421 218-66 201 • Fax +49(0)421 218-66 230
Universitätsallee GW1 • 28359 Bremen

www.tfl.uni-bremen.de

KritV | CritQ | RCrit

Kritische Vierteljahresschrift
für Gesetzgebung und
Rechtswissenschaft

Critical Quarterly for
Legislation and Law

Revue critique trimestrielle
de jurisprudence et de
législation

Herausgeber

Peter-Alexis Albrecht
Stefan Braum
Thomas Duve
Klaus Günther
Marc Jaeger
Stefan Kadelbach
Vincent Lamanda
Katja Langenbucher
Guido Pfeifer
Dean Spielmann
John Thomas
Tobias Tröger
Miloš Vec
Andreas Voßkuhle
Astrid Wallrabenstein
Manfred Weiss

Aus dem Inhalt:

Andreas Fischer-Lescano, Johan Horst

**Der unionsrechtliche Rahmen für den Abschluss von
Handelsabkommen**

Klaus Günther

***Nulla poena sine culpa* and corporate personhood**

Markus D. Dubber

**Zur Geschichte und Theorie der Verbandsstrafbarkeit:
Eine kritische Analyse aus rechtsvergleichender Sicht**

Lukas Ernst

**„Fair and equitable treatment“ im CETA – Innovation im
Spannungsverhältnis zwischen Investor und Staat**

Christoph Gusy

Privatheit und Demokratie

Göttrik Wewer

Machen Transparenzgesetze Gesetzgebung transparent?

4 2015

Jahrgang 98
Seiten 335 bis 487
ISSN 2193-7869



Nomos

Der unionsrechtliche Rahmen für den Abschluss von Handelsabkommen*

Summary

The negotiations on the trade agreements between the EU and Canada (CETA) and the United States (TTIP) have led to intensive political debates occurring with regard to free trade, investment protection, standards of protection for foodstuffs and further areas. The discussion does, however, also have a specifically legal dimension. In what follows, we will examine the requirements under European Union law for the conclusion of trade agreements based on the recent proposal for the CETA agreement. First of all, we will examine whether the CETA is to be concluded as what is termed a mixed agreement (I.). We will then move on to analyse (II.) whether that is in accordance with the basic principle of the autonomy of European Union legislation and whether the requirements of EU law are being met with regard to laws on human and social rights and the environment.

Résumé

Les négociations relatives au traité commercial entre l'Union européenne et le Canada (AECG) et les États-Unis (TTIP) ont engendré d'intenses débats politiques sur le libre-échange, la protection des investissements, les normes de protection des denrées alimentaires et d'autres questions clés. Cependant, cette discussion revêt également une dimension spécifiquement juridique. Nous étudierons ci-après les prescriptions du droit de l'Union relatives à la conclusion de traités commerciaux au moyen de la proposition actuel concernant l'AECG. Dans un premier temps, nous vérifierons d'abord si l'AECG doit être conclu en tant qu'accord mixte (I). Nous analyserons ensuite (II) si le procédé est conforme au principe de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union et respecte les prescriptions relatives aux droits humains, à l'environnement ainsi qu'aux droits sociaux prescrits par l'Union Européenne.

Zusammenfassung

Die Verhandlungen über die Handelsabkommen der EU mit *Kanada* (CETA) und mit den *Vereinigten Staaten* (TTIP) haben zu intensiven politischen Debatten über Frei-

* *Andreas Fischer-Lescano* ist Professor am Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Bremen, Zentrum für Europäische Rechtspolitik; *Johan Horst* ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Bremen, Zentrum für Europäische Rechtspolitik. Der Artikel basiert auf einem Gutachten, das die Autoren im Auftrag von attac München erstellt haben.

handel, Investitionsschutz, Schutzstandards für Lebensmittel und weitere Sachbereiche geführt. Die Diskussion hat allerdings auch eine spezifisch rechtliche Dimension. Wir werden im Folgenden die unionsrechtlichen Vorgaben für den Abschluss von Handelsabkommen anhand des aktuellen Vorschlags für das CETA-Abkommen untersuchen.¹ Zunächst werden wir prüfen, ob das CETA als sog. gemischtes Abkommen abzuschließen ist (I.). Daran anschließend werden wir (II.) analysieren, ob CETA dem Grundsatz der Autonomie der Unionsrechtsordnung entspricht und die menschenrechtlichen, umweltrechtlichen und sozialrechtlichen Vorgaben des Unionsrechts Beachtung finden.

I. Die Verbandskompetenz:

Besonders umstritten ist zunächst, ob (nach dem Vertrag von Lissabon) der *Union* die alleinige (Verbands-)Kompetenz zum Abschluss des CETA zusteht oder ob einzelne Sachbereiche des Abkommens in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fallen, was den Abschluss eines sog. gemischten Abkommens² notwendig machen würde.

1. Das CETA ist ein gemischtes Abkommen

Grundsätzlich gilt nach dem in Art. 5 Abs. 1 EUV kodifizierten Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung, dass die *Union* für jeden Rechtsakt, durch den sie die Mitgliedstaaten bindet oder Organe schafft, eine Ermächtigungsnorm benötigt. Diese muss entweder unmittelbar in den Unionsverträgen enthalten sein oder sich auf sie zurückführen lassen.³ Dies gilt uneingeschränkt auch für das Außenverhältnis der *Union*. Für jeden einzelnen Sachbereich eines völkerrechtlichen Abkommens muss sich eine entsprechende Kompetenz aus dem Unionsrecht ergeben.⁴ Selbst wenn nur in Bezug auf einzelne Bestimmungen des völkerrechtlichen Vertrages eine EU-Kompetenz fehlt, muss dieser als gemischtes Abkommen verabschiedet werden, auch wenn diese Bestimmungen „von untergeordneter Bedeutung sind.“⁵ Weil Freihandelsabkommen i.d.S. regelmäßig eine Vielzahl von Kompetenzbereichen betreffen, sind in der Rechtspraxis auch nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon alle jüngeren Handelsabkommen als gemischte Abkommen geschlossen worden.⁶

1 Der aktuelle Entwurf vom 29. Februar 2016 enthält insbesondere in Chapter 8. Investment einige Neuerungen im Vergleich zum ursprünglichen Entwurf und kann auf der Internetseite der Europäischen Kommission abgerufen werden: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154329.pdf.

2 Vgl. zu gemischten Abkommen allgemein: Eeckhout, EU External Relations Law, 2. Aufl. 2011, S. 212ff.

3 Bast, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union. Kommentar, 2014, Art. 5 EUV Rn. 13.

4 Weiß, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union. Kommentar, 2014, Art. 207 AEUV Rn. 91.

5 Weiß, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union. Kommentar, 2014, Art. 207 AEUV Rn. 91.

6 Hahn, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 207 Rn. 67.

Das CETA umfasst eine Vielzahl sachlicher Regelungsbereiche. Eine Alleinzuständigkeit der *Union* zum Abschluss des Abkommens besteht demnach nur, wenn der *Union* für die Regelung sämtlicher Sachbereiche im CETA auch eine entsprechende Kompetenz zukommt.⁷ Die *Union* besitzt allerdings nicht für alle Sachbereiche des CETA die nötige Verbandskompetenz.⁸ Dies gilt vor allem für den Bereich Verkehr,⁹ aber auch für andere Sachbereiche.¹⁰ Dass es sich beim CETA insgesamt um ein sog. gemischtes Abkommen handelt, dürfte deshalb feststehen. Umstritten – und für den Abschluss künftiger Abkommen von großer Bedeutung – ist lediglich noch die Reichweite der Kompetenz der *Union* in Bezug auf die im CETA enthaltenen Regelungen zum Investitionsschutz.¹¹ Diese soll deshalb nachfolgend näher untersucht werden.

2. Verbandskompetenz und Investitionsschutz: Materielle Regelungen

Eine Kompetenz der *Union* für die Regelung des Investitionsschutzes könnte sich aus Art. 207 Abs. 1 S. 1 AEUV ergeben. Danach kommt der EU im Rahmen der Gemeinsamen Handelspolitik (GHP) die Kompetenz zur Regelung ausländischer Direktinvestitionen zu. Dabei wird weitgehend einhellig „[...] davon ausgegangen, dass eine Direktinvestition eine dauerhafte und direkte Beziehung zwischen dem Investor und dem Unternehmen sowie eine gewisse effektive Mindesteinflussmöglichkeit des Investors auf die Unternehmenspolitik voraussetzt.“¹² Diese Auffassung hatte bereits das *Bundesverfassungsgericht* im Lissabon-Urteil vertreten.¹³

Portfolioinvestitionen, d.h. solche Investitionen, die nicht auf eine Mindesteinflussnahme abzielen, fallen deshalb nicht unter den Begriff der Direktinvestitionen und daher, aufgrund des insofern klaren Wortlauts,¹⁴ auch nicht unter die Kompetenznorm von

-
- 7 Hinsichtlich der Fragen der Zustimmungsbefähigung des Wirtschaftsabkommens mit Westafrika siehe u.a. Möllers/Bethge, Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages. Zur Zustimmungsbefähigung des WPA Westafrika nach Art. 59 II GG, 13. Januar 2016, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/blob/401474/c1a661c4944b79a30af3c4cfef479a3f/moellers-data.pdf>.
 - 8 Mayer, Rechtsgutachten für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, 28. August 2014.
 - 9 Vgl. z.B. Mayer/Ermes, Rechtsfragen zu den EU-Freihandelsabkommen CETA und TTIP, in: ZRP 2014, S. 237 ff. (239).
 - 10 Mayer, Rechtsgutachten für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, 28. August 2014.
 - 11 Vgl. Kapitel 8 CETA.
 - 12 Herrmann, Die Zukunft der mitgliedstaatlichen Investitionspolitik nach dem Vertrag von Lissabon, EuZW 2010, 207 ff. (208 f).
 - 13 BVerfGE 123, 267 ff. (420): „Mit der Erweiterung der gemeinsamen Handelspolitik auf ‚ausländische Direktinvestitionen‘ (Art. 207 Abs. 1 AEUV) wird der Europäischen Union auch für diesen Bereich eine ausschließliche Kompetenz zugewiesen. Allerdings spricht vieles dafür, dass der Begriff ‚ausländische Direktinvestitionen‘ nur diejenigen Investitionen umfasst, die dem Kontrollerwerb eines Unternehmens dienen [...]. Dies hätte zur Folge, dass die ausschließliche Kompetenz nur für Investitionen dieses Typs besteht, während darüber hinausgehende Investitionsschutzverträge als gemischte Abkommen geschlossen werden müssten.“
 - 14 Tietje, Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon. Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 83, 2009, S. 9 ff. (16).

Art. 207 Abs. 1 AEUV.¹⁵ Gemäß Art. 8.1. CETA umfasst der Begriff der Investition allerdings „[e]very kind of asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment [...]“. Zudem werden in Art. 13.2 Nr. 3 und 4 Teile des Investitionsschutzkapitels auf den gesamten Bereich der Finanzdienstleistungen, d.h. „service of a financial nature“,¹⁶ ausgeweitet. Kapitel 8. CETA verwendet sonach einen breiten Investitionsbegriff, ohne besondere Anforderungen an eine Mindesteinflussmöglichkeit durch die Investition zu stellen. Das CETA differenziert demnach nicht zwischen von durch Art. 207 Abs. 1 AEUV umfassten ausländischen Direktinvestitionen und den davon nicht abgedeckten Portfolioinvestitionen, sondern regelt beide gleichermaßen. Der *Union* kommt aus Art. 207 Abs. 1 AEUV deshalb keine alleinige Kompetenz in Bezug auf die im CETA enthaltenen Investitionsschutzregeln zu. Für deren Regelung muss ein gemischtes Abkommen geschlossen werden.¹⁷

Es wird jedoch teilweise dafür argumentiert, dass sich aus einer sog. implizit konkurrierenden Außenkompetenz der *Union*, die aus der Innenkompetenz ableitbar sei, eine Kompetenz der *Union* zum Abschluss völkerrechtlicher Vereinbarungen auch in Bezug auf Portfolioinvestitionen ergebe.¹⁸ Dies ist allerdings abzulehnen.¹⁹ Denn die Ausweitung der Kompetenz der *Union* auf ausländische Direktinvestitionen durch den Lissabon-Vertrag wurde in Kenntnis der Differenzierung zwischen ausländischen Direktinvestitionen und Portfolioinvestitionen vorgenommen. Wenn die Mitgliedstaaten durch den Vertrag von Lissabon eine Begründung der Kompetenz der *Union* auch für Portfolioinvestitionen bezweckt hätten, dann hätten sie in Art. 207 AEUV nicht den insofern eindeutig begrenzten Begriff der ausländischen Direktinvestition verwendet. Eine Ausweitung der Kompetenzen der *Union* im Wege der implizit konkurrierenden Außenkompetenz steht damit eindeutig in Widerspruch zum Regelungsgehalt des durch den Lissabon-Vertrag eingefügten Art. 207 AEUV. Systematisch scheitert die Begründung einer impliziten Außenkompetenz aus Art. 63 ff. AEUV ferner daran, dass Art. 63 AEUV inhaltlich ein Beschränkungsverbot aufstellt. Die investitionsschutzrechtlichen Regelungen des CETA gehen jedoch über ein Beschränkungsverbot weit hinaus, so dass sich insofern auch keine implizite Außenkompetenz aus Art. 63 ff. AEUV ableiten lässt. Schließlich ist für implizite Außenkompetenzen in teilweiser Kodifikation der AETR-Rechtsprechung Art. 216 Abs. 1 AEUV geschaffen worden.²⁰ Selbst wenn man annimmt, dass neben Art. 216 Abs. 1 AEUV überhaupt noch Raum für weitere ungeschriebene Kompetenzen besteht, dürften derartige Kompetenzen zumindest den Regelungsgehalt von Art. 216 Abs. 1 AEUV nicht unterlaufen. Nach Art. 216 Abs. 1 AEUV kommt der *Union* eine ungeschriebene Kompetenz zur Verwirklichung eines

15 Siehe u.a. Hahn, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 207 Rn. 43; Bungenberg, Die Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten „nach Lissabon“, in: Ders./Griebel/Hindelang (Hrsg.), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht, 2010, S. 81 ff.

16 Art. 13.1. CETA.

17 Weiß, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union. Kommentar, 2014, Art. 207 AEUV Rn. 92.

18 Hindelang/Maydell, Die Gemeinsame Europäische Investitionspolitik – Alter Wein in neuen Schläuchen?, in: Bungenberg/Griebel/Hindelang (Hrsg.), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht, 2010, S. 11 ff.

19 Vgl. etwa Christoph Ohler, Die Vereinbarkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren mit deutschem und europäischem Verfassungsrecht, in: JZ 2015, S. 337 ff. (338).

20 Siehe hierzu Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. 6, 2011, Rn. 5152 ff.

der in den Verträgen genannten Ziele nur dann zu, wenn dies erforderlich ist. Schon nach der eher weiten Auslegung setzt die Erforderlichkeit voraus, dass eine „Vertragschlusskompetenz notwendig ist, um eine bestehende Binnenkompetenz effektiv auszuüben [...]“.²¹ Dies ist jedenfalls dann nicht der Fall, wenn es möglich ist, ein gemischtes Abkommen zu schließen,²² so dass in Bezug auf das CETA jedenfalls nicht von einer Erforderlichkeit i.S.d. Art. 216 Abs. 1 AEUV auszugehen ist. Wenn eine ungeschriebene Außenkompetenz aber schon nach den Kriterien des Art. 216 Abs. 1 AEUV nicht vorliegt, wäre es systemwidrig, außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 216 AEUV an das Vorliegen impliziter Außenkompetenzen noch geringere Anforderungen zu stellen. Eine derartig weite Auslegung der EU-Außenkompetenzen, die keine Verankerung mehr im Wortlaut der Verträge hat, dürfte zudem das in Art. 5 Abs. 1 EUV kodifizierte Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung unterlaufen. Der *Union* kommt sonach auch keine implizit konkurrierende Außenkompetenz in Bezug auf Portfolioinvestitionen zu.

3. Verbandskompetenz und Investitionsschutz: Streitbeilegung zwischen Investor und Staat

Für Streitigkeiten zwischen Investor und Staat sieht das CETA zudem eine schiedsgerichtliche Streitbeilegung durch ein in Art. 8.27 geschaffenes Tribunal vor. Schiedsklauseln (sog. *investor-state dispute settlement*, ISDS) sind (mit Ausnahme der in CETA enthaltenen Erstreckung auf Finanzdienstleistungen) nicht selten Bestandteil bilateraler Investitionsschutzverträge und ermöglichen es einem Investor, einen Staat vor einem Schiedsgericht zu verklagen. Mit der Schaffung eines Tribunals, welches anders als die bisherigen Ad-hoc-Schiedsgerichte als ständige Einrichtung mit einer feststehenden Zahl von Richterinnen besetzt ist, die vorher von den Vertragsparteien benannt werden (Art. 8.27.2), reagierte die Kommission auf die anhaltende Kritik an ISDS-Verfahren.²³ Auch für die Schaffung eines solchen Tribunals müsste die Union die nötige Kompetenz besitzen. Die Kompetenz der *Union* zur Regelung ausländischer Direktinvestitionen nach Art. 207 AEUV kann im Einzelfall auch die Kompetenz zur Aushandlung investitionsschutzrechtlicher Schiedsklauseln einschließen. Diese kann aber jeweils nur soweit reichen, wie die sachliche Kompetenz des Art. 207 AEUV reicht.²⁴ Besonders problematisch ist hier, dass CETA den Anwendungsbereich der Schiedsklauseln auf den Bereich der Finanzdienstleistungen ausweitet. Dieser Bereich ist nicht von Art. 207 AEUV umfasst. Eine Kompetenz für die Aushandlung von Schiedsklauseln, sofern sie auf den Bereich Finanzdienstleistungen zielen, könnte sich deshalb nur

21 Vöneky/Beylage-Haarmann, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union. Kommentar, 2014, Art. 216 AEUV Rn. 11.

22 Hindelang/Maydell, Fn. 18, S. 69 in Fn. 225.

23 Vgl. den vorbereitenden Entwurf von Krajewski, Modell-Investitionsschutzvertrag mit Investor-Staat-Schiedsverfahren für Industriestaaten unter Berücksichtigung der USA, Mai 2015, abrufbar unter <https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/M-O/modell-investitionsschutzvertrag-mit-investor-staat-schiedsverfahren-gutachten,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>. Die entscheidende Frage der unionsrechtlichen Zulässigkeit eines Schiedsgerichtshofs spart der Entwurf freilich explizit aus.

24 So auch Ohler, Fn. 19, S. 338.

als Annexkompetenz aus Art. 63 ff. AEUV ergeben, die den Kapital- und Zahlungsverkehr betreffen. Aus den Kompetenznormen im Rahmen der Marktfreiheiten kann aber keine pauschale Kompetenz folgen, für diese Bereiche nach außen Schiedsverfahren zu etablieren. Denn die *Union* weist die Aufgabe der Rechtsprechung den mitgliedstaatlichen Gerichten (sofern sie Unionsrecht anwenden) und dem EuGH zu.²⁵ Diese unionsrechtliche Aufgabenzuweisung der Judikativfunktion ist als „vollständiges System von Rechtsbehelfen und Verfahren“²⁶ zu verstehen, welches diese umfassend und abschließend regelt. Änderungen an diesem System, wie die Schaffung des *Gerichtes der Europäischen Union* (EuG, ehemals Gericht Erster Instanz) oder die Unterwerfung unter die Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte* (EGMR) bedurften deshalb der Primärrechtsänderung. Der *Union* kommt mithin nicht die Kompetenz zu, für einzelne Marktfreiheiten pauschal ein Tribunal (Art. 8.27 CETA) zu schaffen, das außerhalb der unionsrechtlichen Gerichtsbarkeit steht. Es kann dann aber auch keine Annexkompetenz aus den Marktfreiheiten erwachsen, in völkerrechtlichen Abkommen derartige Regelungen zu treffen. Vielmehr bedarf die Übertragung von Judikativfunktionen einer speziellen Kompetenzgrundlage.²⁷ Dies ergibt sich grundlegend daraus, dass die Übertragung von Judikativfunktionen rechtlich eine Übertragung von Hoheitsrechten bedeutet. Somit hat die *Union* im Rahmen der Marktfreiheiten keine pauschale Kompetenz zur Etablierung von Tribunalen für ganze Wirtschaftsbereiche. Ihr fehlt insofern auch die Kompetenz zum Abschluss des im CETA vorgesehenen Investitionstribunals (Art. 8.27 CETA), soweit dies über den Sachbereich des Art. 207 AEUV hinausgeht, d.h. insbesondere für die Ausweitung dieser Verfahren auf den Bereich der Finanzdienstleistung.

4. Verbandskompetenz und die CETA-Ausschüsse

Das CETA etabliert ferner einen administrativen Unterbau, der aus einem CETA Joint Committee und einer Reihe spezialisierter Ausschüsse besteht.²⁸ Diesen überträgt das CETA weitreichende Kompetenzen in Bezug auf die Durchführung des Abkommens.²⁹ Fraglich ist allerdings, ob die Schaffung dieser Ausschuss-Struktur mit der Kompetenzverteilung zwischen der *Union* und den Mitgliedstaaten vereinbar ist. Denn in den Ausschüssen sind ausschließlich Exekutivvertreter der *Union* und *Kanadas*, nicht jedoch der Mitgliedstaaten repräsentiert, obwohl es sich bei CETA um ein gemischtes Abkommen handelt.³⁰ Sofern demnach in den Ausschüssen Sachbereiche behandelt

25 EuGH, Gutachten 1/09 vom 8.3.2011 – Patentgericht, Rn. 68 f.

26 EuGH, Gutachten 1/09 vom 8.3.2011 – Patentgericht, Rn. 70.

27 Siehe Markus Krajewski, External trade law and the Constitution Treaty: Towards a federal and more democratic common commercial policy?, CMLRev. 2005, S. 91 ff. (114).

28 CETA, Kapitel 26, „Administrative and Institutional Provisions“, Art. 26.1.

29 Vgl. zu den Ausschüssen ausführlich unten II.2.

30 Anders insofern bspw. die Besetzung des Assoziationsrates nach dem Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Republik Türkei von 1964 (Abl. 217 vom 29/12/1964, S. 3687 ff.), der nach Art. 23 des Abkommens wie folgt besetzt ist: "Der Assoziationsrat besteht aus Mitgliedern der Regierungen der Mitgliedstaaten, des Rates und der Kommission der Gemeinschaft einerseits und Mitgliedern der türkischen Regierung andererseits."

werden, für die die Mitgliedstaaten zuständig sind, fehlt der *Union* deshalb die Kompetenz, diese Ausschüsse einzurichten. Auch für den Fall, dass das CETA als gemischtes Abkommen geschlossen wird, kann dieser Kompetenzmangel nicht ohne weiteres behoben werden. Denn der *Union* können nicht einfach im Wege eines gemischten Abkommens neue Kompetenzen übertragen werden. Völkerrechtliches Nebenunionsrecht ist nach der Rechtsprechung des EuGH im Gegenteil nur soweit zulässig, wie es die unionale Kompetenzordnung nicht verfälscht.³¹ Die *Union* ist nicht „zur Kompetenzverschiebung durch den Abschluss gemischter Abkommen befugt“.³² Mithin ist die derzeitige Ausschuss-Struktur des CETA wegen Verstoßes gegen die Kompetenzverteilung zwischen *Union* und Mitgliedstaaten europarechtswidrig.³³ Dies könnte allenfalls dadurch kompensiert werden, dass auch Vertreter der Mitgliedstaaten für die Ausschüsse bestellt werden, sofern diese Sachbereiche betreffen, für die nach unionaler Kompetenzverteilung den Mitgliedstaaten die Kompetenz zukommt.

5. Zwischenergebnis

Der EU fehlt für zahlreiche Bereiche des CETA die Regelungskompetenz, die damit weiterhin den Mitgliedstaaten zukommt. Damit hat die EU auch keine alleinige Vertragsabschlusskompetenz, sondern die Mitgliedstaaten der EU müssen dem CETA zustimmen. Das CETA ist also ein sog. „gemischtes Abkommen“. Aber auch wenn das CETA als gemischtes Abkommen geschlossen wird, verstößt die Einrichtung der Ausschüsse gegen die Verbandskompetenz der EU, solange die Mitgliedstaaten in den Ausschüssen nicht repräsentiert sind.

II. Vereinbarkeit des CETA mit materiellem Unionsrecht

Daneben stellt sich die Frage, ob die im CETA enthaltenen Regelungen die materiellen Anforderungen des Unionsrechts erfüllen. Gemäß Art. 205 AEUV wird das Handeln der *Union* auf internationaler Ebene „von den Grundsätzen bestimmt, von den Zielen geleitet und an den allgemeinen Bestimmungen ausgerichtet, die in Titel V Kapitel 1 des Vertrages über die Europäische *Union* niedergelegt sind.“ Damit wird vor allem auf Art. 21 EUV Bezug genommen, in dem die allgemeinen Bestimmungen für das auswärtige Handeln der *Union* niedergelegt sind. Die Bezugnahme in Art. 205 AEUV stellt eine verbindliche Verpflichtung der EU zur Beachtung dieser Grundsätze, Ziele und allgemeinen Bestimmungen dar, die justiziabel ist.³⁴ Gemäß Art. 21 Abs. 1 EUV ist die EU in ihrem Handeln auf internationaler Ebene unter anderem auf Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, die universelle Gültigkeit und Unteilbarkeit der Menschenrechte sowie die

31 EuGH, Urteil vom 27. 11. 2012 – C-370/12, Pringle, Rn. 158.

32 Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 216 AEUV Rn. 43.

33 Erhebliche Zweifel an der Ausschussstruktur auch bei Stoll/Holterhus/Gött: Die geplante Regulierungszusammenarbeit zwischen der Europäischen Union und Kanada sowie den USA nach den Entwürfen von CETA und TTIP: Rechtsgutachten, Juni 2015.

34 Nettesheim/Duvigneau, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 205 Rn. 1; Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 205 Rn. 2.

Grundsätze des Völkerrechts verpflichtet. Ferner enthält Art. 21 Abs. 1 EUV eine Festlegung hinsichtlich nachhaltiger Entwicklung und Umweltschutz. „Die damit systemisch angelegte Politisierung der Gemeinsamen Handelspolitik wird durch das durch den Vertrag von Lissabon deutlich aufgewertete Kohärenzgebot in Art. 21 Abs. 3 Unterabs. 3 EUV n.F. nochmals intensiviert.“³⁵ Es ist allerdings fraglich, ob das CETA diesen unionsrechtlichen Anforderungen hinreichend Rechnung trägt.

1. Autonomie der Unionsrechtsordnung und ISDS

Zunächst stellt sich die Frage, ob die im CETA vorgesehenen Klauseln für Investor-Staat-Streitigkeiten (ISDS), die auf den Bereich der Finanzdienstleistungen ausgeweitet werden, materiell mit Unionsrecht vereinbar sind. Dies ist insbesondere im Hinblick auf eine Reihe von EuGH-Gutachten zweifelhaft.³⁶ Relevant sind hier vor allem das EWR 1-Gutachten zur EWR-Gerichtsbarkeit,³⁷ das GELR-Gutachten zur Streitbeilegung im Zusammenhang mit dem gemeinsamen europäischen Luftverkehrsraum,³⁸ das Gutachten zur Schaffung eines einheitlichen Patentgerichtssystems³⁹ und das Gutachten zum Übereinkommensentwurf des Beitritts der *Union* zur EMRK.⁴⁰ Der EuGH hat die Schaffung derartiger Gerichtsbarkeiten von unterschiedlichen Voraussetzungen abhängig gemacht,⁴¹ die sich aus dem Grundsatz der Wahrung der Autonomie der Unionsrechtsordnung ergeben.⁴²

a) Der Grundsatz der Autonomie der Unionsrechtsordnung

In seinem EWR-Gutachten stellte der EuGH heraus, dass „ein internationales Abkommen, das ein Gerichtssystem mit einem Gerichtshof vorsieht, der für die Auslegung der Bestimmungen dieses Abkommens zuständig ist, nicht grundsätzlich unvereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht“ sei.⁴³ Jedoch dürfe die Schaffung eines solchen Gerichtes nicht dazu führen, „die in den Verträgen festgelegte Zuständigkeitsordnung der Gemeinschaft zu beeinträchtigen“, deren Wahrung der Gerichtshof sichere.⁴⁴ Im GELR-Gutachten bekräftigt der EuGH die im EWR-Gutachten aufgestellten Grundsätze und

35 Tietje, Fn. 14, S. 19 f.

36 Vgl. hierzu zuletzt ausführlich Kerkemeyer, Unionsrecht und internationales Investitionsschutzrecht auf Kollisionskurs, in: EuZW 2016, S. 10 ff.

37 EuGH, Gutachten 1/91 vom 14.12.1991 – EWR I.

38 EuGH, Gutachten 1/00 vom 18.4.2002 – GELR.

39 EuGH, Gutachten 1/09 vom 8.3.2011 – Patentgericht.

40 EuGH, Gutachten 2/13 vom 18.12.2014 – ÜE EGMR.

41 Vgl. eine Zusammenfassung der Voraussetzungen: EuGH, Patentgericht-Gutachten, Rn. 74 ff.

42 Vgl. zur Autonomie der Unionsrechtsordnung und Investitionsschiedsgerichten: Hindelang, Der primärrechtliche Rahmen einer EU Investitionsschutzpolitik: Zulässigkeit und Grenzen von Investor-Staat-Schiedsverfahren aufgrund künftiger EU Abkommen, WHI-Paper 01/11, abrufbar unter <http://www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0111.pdf>; Ohler, Fn. 19, S. 344 ff.

43 EuGH, EWR-Gutachten, Fn. 37, Rn. 70.

44 EuGH, EWR Gutachten, Fn. 37, Rn. 35.

hält fest, dass durch externe Gerichtsbarkeiten das dem Gerichtshof zuerkannte Monopol für die Feststellung der Rechtmäßigkeit der Handlungen der Gemeinschaftsorgane nicht in Frage gestellt werden dürfe.⁴⁵ Dies bekräftigt der EuGH in Bezug auf Patentstreitigkeiten und hält fest, dass die Übertragung von Streitigkeiten an ein Patentgericht den nationalen Gerichten „in dem fraglichen Bereich ihre Aufgabe entziehen würde, als ‚ordentliche Unionsgerichte‘ das Unionsrecht durchzuführen, und damit auch die in Art. 267 AEUV vorgesehene Möglichkeit oder gegebenenfalls die Verpflichtung, den Gerichtshof um Vorabentscheidung zu ersuchen.“⁴⁶ Mit dem Grundsatz der Autonomie der Unionsrechtsordnung stellt der EuGH sonach klar, dass die Etablierung einer Parallelgerichtsbarkeit im Rahmen der EU nicht dazu führen darf, dass an die Handlungen der *Union* und der Mitgliedstaaten Anforderungen gestellt werden, die zu materiellem Unionsrecht in Widerspruch geraten können. Ferner darf durch eine Parallelgerichtsbarkeit die unionale Kompetenzaufteilung nicht unterlaufen werden. Insbesondere darf es nicht zu einer Aushöhlung des Vorlageverfahrens nach Art. 267 AEUV kommen.

Die *Kommission*⁴⁷ und Teile des Schrifttums äußern diesbezüglich, dass die unionsrechtliche Zulässigkeit von ISDS-Klauseln schon daraus folge, dass die *Union* sich auch den Rechtsprechungsinstitutionen der EMRK und der WTO unterwerfen dürfe. Dies müsse dann auch für Investor-Staat-Schiedsverfahren gelten. Dieser pauschale Einwand ist jedoch nicht überzeugend. Denn der Beitritt zur EMRK bedurfte gerade, wie der EuGH in seinem Gutachten 2/92 (EMRK) feststellte, der primärrechtlichen Regelung in Art. 6 Abs. 2 S. 1 EUV, da die *Union* für den Beitritt keine Zuständigkeit besaß. Zudem handelt es sich bei dem EGMR aber auch institutionell um einen Spruchkörper, der mit Investitionsschiedsgerichten nicht vergleichbar ist. Denn anders als Investitionsschiedsgerichte ist der EGMR, der im Übrigen auch Investoren offen steht, nicht einseitig wirtschaftlichen Interessen verpflichtet, sondern gemäß Art. 19 EMRK umfassend den in der EMRK kodifizierten Verpflichtungen.⁴⁸ Auch die Streitentscheidungsformen der WTO, namentlich das Dispute Settlement Understanding, sind mit ISDS-Verfahren nicht vergleichbar. Denn das DSU sieht keine Klagemöglichkeit von Privaten vor.⁴⁹ Das WTO-Recht vermittelt ferner keine subjektiven Rechte in Form individueller Ansprüche Privater. Denn anders als investitionsschutzrechtlichen Regelungen fehlt es dem WTO-Recht grundsätzlich an der unmittelbaren Anwendbarkeit.⁵⁰

45 EuGH, GELR-Gutachten, Fn. 38, Rn. 24.

46 EuGH, Patentgericht Gutachten, Fn. 39, Rn. 80.

47 Vgl. z.B. EU-Kommission: Handelsabkommen mit Kanada verfassungsrechtlich unbedenklich. Pressemitteilung vom 31.10.2014, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/deutschland/press/pr_releases/12818_de.htm (zuletzt besucht am: 21.11.2014).

48 Vgl. Lenski, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, 2012, Art. 19 Rn. 1 ff.

49 Vgl. zur Streitbeilegung in der WTO; Hilf/Salomon, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, 2. Aufl. 2010, § 7.

50 Vgl. Hörmann, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, 2. Aufl. 2010, § 8. Dies gilt nach ständiger Rechtsprechung sowohl für das WTO-Übereinkommen selbst (EuGH, Rs. C-149/96 (Portugal/Rat), Slg. 1999, I-8395; EuGH, verb. Rs. C-300/98 und C-392/98 (Parfum Christian Dior), Slg. 2000, I-11307) als auch für Beschlüsse des Dispute Settlement Body (EuGH Rs. C-377/02 (Leon van Parys NV), Slg. 2005, I-1465; EuGH Rs. C-120/06 (FIAMM), Slg. 2008, I-06513). Nur wenn Transformationsakte des Unionsrechts selbst auf das WTO-Recht verweisen, kommt eine begrenzte mittelbare Anwendbarkeit in Frage (Vgl. EuGH Rs. C-69/89 (Nakajima), Slg. 1991 I-2069).

b) *Verletzungen der Autonomie der Unionsrechtsordnung durch ISDS-Klauseln des CETA*

Die aus dem Grundsatz der Autonomie der Unionsrechtsordnung fließenden Anforderungen werden im Schrifttum auf die primärrechtliche Zulässigkeit einer Investitionsschiedsgerichtsbarkeit übertragen.⁵¹ Dies gilt unabhängig davon, ob die Schiedsgerichtsbarkeit als ad-hoc Verfahren ausgestaltet ist oder – wie im neuen CETA-Entwurf – als ständiges Tribunal. Denn unabhängig von ihrer institutionellen Ausgestaltung können investitionsschiedsgerichtliche Fallgestaltungen die Autonomie der Unionsrechtsordnung potenziell unterlaufen.⁵² Dies wäre bspw. dann der Fall, wenn ein Schiedsgericht „damit befasst wird festzustellen, ob Unionssekundärrecht einen Verstoß gegen Investorenrechte aus einem Investitionsschutzabkommen darstellt.“⁵³ Dabei wird oft auf die Konstellation verwiesen, in der ein Mitgliedstaat zur Rückforderung einer Beihilfe europarechtlich verpflichtet ist und von einem Investitionsschiedsgericht deshalb zur Zahlung von Schadensersatz verurteilt wird.⁵⁴ Dies illustriert der Fall *Micula v. Romania*.⁵⁵ Diesem ICSID-Verfahren liegt eine unionsrechtlich problematische Beihilfekonstellations zu Grunde.⁵⁶ Die *Kommission* vertritt in diesem Verfahren die Auffassung, dass Schiedssprüche, die gegen unionsrechtliches Beihilferecht verstoßen, von Mitgliedstaaten der *Union* nicht vollstreckt werden dürfen,⁵⁷ da dies gegen die in Art. 107 AEUV niedergelegten Beihilfegrundsätze als Teil des *ordre public* verstoße.⁵⁸ Diese Auffassung greift allerdings zu kurz. Denn nach ganz herrschender Meinung

- 51 Vgl. u.a. Herrmann, The Role of the Court of Justice of the European Union in the Emerging EU Investment Policy, in: The Journal of World Investment & Trade 15 (2014), S. 570 ff.; Hindelang, Der primärrechtliche Rahmen einer EU-Investitionsschutzpolitik: Zulässigkeit und Grenzen von Investor-Staat-Schiedsverfahren aufgrund künftiger EU-Abkommen, in: Bungenberg/ Herrmann (Hrsg.), Die gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union nach Lissabon, 2011, S. 157 ff (177 f.); Burgstaller, Dispute Settlement in EU International Investment Agreements with Third States: Three Salient Problems, in: The Journal of World Investment & Trade 15 (2014), S. 551 ff. (569).
- 52 Vgl. grundlegend: Hindelang, Repellent Forces: The CJEU and Investor-State Dispute Settlement, in: AVR 53 (2015), S. 68-89; Hindelang, Fn. 51, S. 173 ff.; Ohler, Fn. 19, S. 344 ff., zuletzt Kerkemeyer, Fn. 36, S. 10 ff.
- 53 Bings, Neuordnung der Außenhandelskompetenzen der Europäischen Union durch den Reformvertrag von Lissabon, 2014, S. 120.
- 54 Vgl. zu dieser Konstellation: Hindelang, Fn. 51, S. 177 f.
- 55 Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S. C. Multi-pack S.R.L. v. Romania, ICSID, ARB/05/20, Final Award 11. Dezember 2013.
- 56 In dem aufgrund eines schwedisch rumänischen BITs eingeleiteten ICSID Verfahren wurde Rumänien zu Schadensersatz an den Investor verurteilt, weil es Beihilfen, die sich als europarechtswidrig herausgestellt hatten, zurück gefordert hatte. Die *Kommission* leitete daraufhin ein Beihilfeverfahren gegen Rumänien ein, weil die Zahlung von Schadensersatz gegen Unionsrecht verstoße (vgl. *Kommission*, State aid SA.38517 (2014/C) (ex 2014/NN) – Romania. Implementation of Arbitral award Micula v Romania of 11. December 2013, Bruxelles, 01. October 2014).
- 57 Vgl. zu diesen Fällen im Einzelnen: Christain Tietje/Clemens Wackernagel, Outlawing Compliance? – The Enforcement of intra-EU Investment Awards and EU State Aid Law, Policy Papers on Transnational Economic Law, N. 41, June 2014.
- 58 EuGH, Urteil vom 01. Juni 1999, Rs. C-126/97 – Eco Swiss.

kommt Staaten bei ICSID-Schiedssprüchen aufgrund von Art. 53 und 54 ICSID⁵⁹ gar nicht die rechtliche Möglichkeit zu, bei der Vollstreckung einen Schiedsspruch auf verfahrens- oder materiellrechtliche Aspekte hin zu überprüfen, d.h. insbesondere nicht auf einen Verstoß desselben gegen den *ordre public* des jeweiligen Staates.⁶⁰ Dies gilt auch für *Deutschland*. Gemäß Art 2 Abs. 2 des deutschen Ausführungsgesetzes⁶¹ finden für die Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche⁶² die §§ 1061 ff. ZPO Anwendung.⁶³ Das nach § 1062 Abs. 2 ZPO zuständige OLG dürfte auch bei Widersprüchen gegen unionsrechtliches Beihilferecht eine Vollstreckbarerklärung nicht verweigern. Vielmehr kommt es in solchen Fällen zu einem direkten Widerspruch zwischen Unionsrecht und Investitionsschutzrecht. Das CETA erklärt aber sowohl die ICSID-Regeln als auch die UNCITRAL-Regeln für anwendbar,⁶⁴ so dass grundsätzlich auch nach dem CETA eine Situation droht, in der ein Mitgliedstaat zur Vollstreckung eines Schiedsspruches verpflichtet ist, dessen Vollstreckung einen unionsrechtswidrigen Zustand erzeugen würde.⁶⁵ Aber selbst wenn im Rahmen des CETA nur auf die UNCITRAL-Regeln zurückgegriffen werden würde, könnte letztlich weder die *Union* noch ein Mitgliedstaat verhindern, dass ein Schiedsspruch, der einen unionsrechtswidrigen Zustand erzeugen würde, vollstreckt wird. Die Vollstreckung eines UNCITRAL-Schiedsspruches würde sich nach den Regeln des New Yorker Übereinkommens⁶⁶ richten.⁶⁷ Nach Art. V Nr. 2 (b) desselben könnte ein Mitgliedstaat zwar die Vollstreckung unter anderem verweigern, wenn die Vollstreckung gegen die *public policy* des vollstreckenden Staates verstößt. Jedoch muss ein Kläger in einem Schiedsverfahren aufgrund des CETA den Schiedsspruch gar nicht in der *Union* vollstrecken. Dies ist vielmehr in jedem Land möglich, welches das New Yorker Übereinkommen unterschrieben

59 Vgl. zur Vollstreckung von ICSID awards: Christoph Schreuer, *The ICSID Convention*. A Commentary, 2. Aufl. 2009, Art. 53 und Art. 54.

60 "In case of ICSID awards, Articles 53 and 54 ICSID apply and domestic courts are prevented from even scrutinizing awards. This leads of course to a situation in which conflicts between investment awards and EU law may arise." Christian Tietje/Clemens Wackernagel, *Outlawing Compliance? – The Enforcement of intra-EU Investment Awards and EU State Aid Law*, Policy Papers on Transnational Economic Law, N. 41, June 2014, S. 9.

61 Gesetz zu dem Übereinkommen vom 18. März 1965 zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten vom 25. Februar 1969 (BGBl. 1969 II), das durch Art. 2 § 11 des Gesetzes vom 22. Dezember 1997 (BGBl. 1997 I S. 3224) geändert worden ist.

62 Vgl. hierzu auch: Wieczorek/Schütze/Schütze ZPO, 4. Aufl. 2014, § 1061 Rn. 151 f.

63 Vgl. als Überblick über das Verfahren der Vollstreckbarkeit ausländischer Schiedssprüche Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17. Aufl. 2010, § 182 Rn. 35 ff.

64 Vgl. Art. 8.23. Nr. 2 (a) für ICSID und Art. 8.23. Nr. 2 (c) für UNCITRAL. Allerdings dürfte der Anwendung der ICSID-Regeln entgegenstehen, dass die *Union* selbst nicht Mitglied der ICSID Konvention werden kann, vgl. zu diesem Problem ausführlich: Markus Burgstaller, *Dispute Settlement in EU International Investment Agreements with Third States: Three Salient Problems*, in: *The Journal of World Investment & Trade*, 15 (2014), 551 ff.

65 Dieses Problem sieht auch Ohler, Fn. 19, S. 345 f.

66 New Yorker UN-Übereinkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, BGBl. 1961 II, S. 121.

67 Vgl. Christian Tietje/Clemens Wackernagel, *Outlawing Compliance? – The Enforcement of intra-EU Investment Awards and EU State Aid Law*, Policy Papers on Transnational Economic Law, N. 41, June 2014, S. 7.

hat. Im Fall *Micula* haben die Kläger ein Gericht in *Washington D.C.* mit der Vollstreckung beauftragt. Die Union sah sich deshalb veranlasst, in diesem Verfahren im Wege einer *amicus curiae* Einlassung auf die Unionsrechtswidrigkeit der Vollstreckung des Urteil hinzuweisen.⁶⁸ Es ist aber äußerst zweifelhaft, ob dieses Gericht etwaige Verstöße gegen Unionsrecht überhaupt zur Kenntnis nimmt. D.h. die Vollstreckung eines Schiedsurteils, das einen unionsrechtswidrigen Zustand herstellt, kann von Mitgliedstaaten der *Union* und von der *Union* selbst gar nicht sicher verhindert werden. Die Kommission hat dies zum Anlass genommen, den neuesten CETA-Entwurf zu modifizieren. Art. 8.9. Nr. 4 schließt nun aus, dass die Rückforderung einer Beihilfe wegen Unionsrechtswidrigkeit einen Verstoß gegen Investorenrechte darstellen kann. Freilich ist dies nur eine der möglichen Fallkonstellationen, in denen Schiedsurteile einen unionsrechtswidrigen Zustand erzeugen können.⁶⁹ Denn zu direkten Widersprüchen zwischen Entscheidungen eines Schiedsgerichts und Unionsrecht kann es überall dort kommen, wo Zahlungspflichten eines Investors aus umweltrechtlichen, abgabenrechtlichen oder steuerrechtlichen Vorgaben durch Zuerkennung von Schadensersatz durch ein Schiedsgericht faktisch konterkariert werden. Darüber hinaus zeigt der Fall *Moorburg*, dass selbst eine Anlagengenehmigung, die durch einen Vergleich vor einem Schiedsgericht zu Stande kam, gegen unionsrechtliche Umweltvorgaben (FFH-Richtlinie) verstoßen kann.⁷⁰

Des Weiteren ist in Bezug auf den Grundsatz der Autonomie der Unionsrechtsordnung in CETA das Auslegungsmonopol des EuGH nicht hinreichend sichergestellt – dies schon allein deshalb, weil das Tribunal Klauseln des CETA auslegt. CETA ist aber als völkerrechtliches Abkommen „integrierender Bestandteil der Unionsrechtsordnung“.⁷¹ Darüber hinaus dürfte eine faktische Auslegung von Unionsrecht durch Schiedsgerichte jedenfalls auch dann vorliegen, wenn ein Schiedsgericht darüber befindet, ob eine Handlung eines Unionsorgans oder eines Mitgliedstaates in Vollzug von Unionsrecht gegen Zusicherungen der Investitionsschutzklauseln verstößt. Das im CETA vorgesehene Investitionstribunal ist deshalb mit dem Grundsatz der Autonomie der Unionsrechtsordnung unvereinbar und damit unionsrechtswidrig. Dieses Verfahren wäre nur zulässig, wenn eine Einbindung desselben in das Vorlageverfahren nach Art. 267

68 Brief for amicus curiae the Commission of the European Union in support of defendant-appellant, United States Court of Appeals for the Second Circuit, Ioan Micula, European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L., Multipack S.R.L. v. Government of Romania, 15-3109-CV, 4. Februar 2016.

69 Vgl. zu weiteren Fallkonstellationen auch Kerkemeyer, Fn. 36, S. 10 ff. (15).

70 Die Kommission hatte wegen der Erteilung einer Genehmigung der Stadt Hamburg an Vattenfall zum Betrieb eines Kohlekraftwerkes ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet (Europäische Kommission, Presseerklärung vom 26. März 2015). Vgl. zum *Moorburg*-Verfahren Krajewski, Umweltschutz und internationales Investitionsschutzrecht am Beispiel der Vattenfall-Klagen und des Transatlantischen Handels- und Investitionsabkommens (TTIP), in: ZUR 2014, S. 396 ff. (398 ff.).

71 Vgl. Ehrlicke, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 267 AEUV Rn. 21.

AEUV sichergestellt wäre.⁷² Dies setzt allerdings eine Primärrechtsänderung dahingehend voraus, dass dieses Tribunal nach Art. 267 AEUV zur Vorlage berechtigt sind.⁷³ Denn bislang sind die Investitionsschiedsgerichte nach der Rechtsprechung des EuGH⁷⁴ sowie vielen Stimmen in der Literatur⁷⁵ nicht.

2. Die Ausschuss-Struktur des CETA-Abkommens und die innerunionale Kompetenzverteilung

Das CETA schafft mit der Ausschuss-Struktur einen eigenen administrativen Unterbau. Ausgestaltung und Funktion der Ausschüsse ergeben sich vor allem aus Kapitel 26 „Administrative and Institutional Provisions“. Art. 26.1. Nr. 1 etabliert das CETA Joint Committee, welches nach Art. 26.1. Nr. 3 eine generelle Zuständigkeit für alle Fragen im Zusammenhang mit dem CETA besitzt und nach Art. 26.1. Nr. 4.b. auch die Arbeit der Sonderausschüsse (Specialized Committees)⁷⁶ überwacht. Es wird gebildet aus Exekutivvertretern der EU und Kanadas. Das *Joint Committee* hat dabei auch inhaltlich zahlreiche spezielle Befugnisse. So soll es z.B. die Befreiungstatbestände im Hinblick auf die Erhebung von Einfuhrzöllen (Art. 2.4. Nr. 4) erweitern können. Insbesondere kommt dem *Joint Committee* aber auch allgemein die Kompetenz zu, die Annexe des CETA zu verändern. Dies ergibt sich aus Art. 30.2. Nr. 2.⁷⁷ In den Annexen sind zentrale Bestimmungen in Bezug auf Reichweite und Anwendungsbereich des CETA geregelt.

Diese Ausschuss-Struktur muss insbesondere die innerunionale Kompetenzverteilung wahren. Denn völkervertraglich darf die europäische Kompetenzordnung nicht verfälscht werden.⁷⁸ Allgemein stellt das Unionsrecht hier für jeden Aufgabenbereich eines Ausschusses die Anforderung, dass die Vertretung der *Union* so ausgestaltet wird,

72 Burgstaller, Dispute Settlement in EU International Investment Agreements with Third States: Three Salient Problems, in: The Journal of World Investment & Trade 15 (2014), S. 551 ff. (S. 569); Lavranos, Designing an International Investor-to-State Arbitration System After Opinion 1/09, in: Bungenberg/Herrmann (Hrsg.), Common Commercial Policy after Lisbon, 2013, S. 199 ff.

73 Hindelang, Fn. 51, S. 183.

74 Vgl. u.a. EuGH, Urteil vom 23.3.1982, Rs. 102/81, Nordsee Hochseefischerei; EuGH, Urteil vom 27.1.2005, C-125/04, Denuit & Cordenier v. Transorient.

75 Statt aller: Bings, Fn. 53, S. 119 f.; siehe auch Deutscher Richterbund, Stellungnahme zur Errichtung eines Investitionsgerichts für TTIP – Vorschlag der Europäischen Kommission, Februar 2016, abrufbar unter http://www.drbb.de/fileadmin/docs/Stellungnahmen/2016/DRB_160201_Stn_Nr_04_Europaeisches_Investitionsgericht.pdf.

76 Die in Art. 26.2. geregelten Sonderausschüsse sind unter anderem das Committee on Trade in Goods (Art. 26.2. Nr. 1 a.), das Committee on Services and Investment (Art. 26.2.Nr. 1 b.), das Joint Customs Cooperation Committee (Art. 26.2. Nr. 1 c.), das Joint Management Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures (Art. 26.2.Nr. 1 d.), das Financial Services Committee (Art. 26.2. Nr. 1 f.) und das Committee on Trade and Sustainable Development (Art. 26.2.Nr. 1 g.).

77 Dort heißt es: “[...] the CETA Joint Committee may decide to amend the protocols and annexes of this Agreement. The Parties may approve the CETA Joint Committee’s decision in accordance with their respective internal requirements and procedures necessary for the entry into force of the amendment” (Art. 30.2 Nr. 2).

78 EuGH, Urteil vom 27. 11. 2012 – C-370/12, Pringle, Rn. 158.

dass die Rückbindung der Entscheidung an die demokratischen und rechtsstaatlichen Erfordernisse des Unionsrechts gewahrt bleibt. Dies bedeutet etwa, dass überall dort, wo das *Europäische Parlament* nach innerunionalen Vorgaben an der Verabschiedung einer Regelung zu beteiligen wäre, sichergestellt werden muss, dass die parlamentarische Beteiligung auch in den Ausschüssen möglich ist. Die Kompetenzfülle des *Joint Committees* ist vor diesem Hintergrund problematisch. So räumt etwa Art. 218 AEUV dem *Europäischen Parlament* bei der Begründung neuer völkerrechtlicher Verbindlichkeiten Beteiligungsrechte ein. Rechtliche Verpflichtungen, die „erhebliche finanzielle Folgen für die Union“ haben, können danach nur nach Zustimmung des *Europäischen Parlamentes* begründet werden (Art. 218 Abs. 6 UAbs. 2 lit. a) Ziff. iv) AEUV. Unter anderem könnte deshalb die Ausweitung von Zollbefreiungen im Rahmen von CETA nicht ohne eine fallbezogene Zustimmung des *Europäischen Parlamentes* beschlossen werden.

Die Kompetenzen des *Joint Committees* können demnach die unionale Kompetenzverteilung und Mitbestimmungsrechte des *Europäischen Parlamentes* im Einzelfall unterlaufen. Die *Committee*-Struktur wäre insofern mit dem Unionsrecht nicht mehr vereinbar.⁷⁹

3. Menschen- und umweltrechtliche Anforderungen

In inhaltlicher Hinsicht ist zudem fraglich, ob das CETA die menschen- und umweltrechtlichen Vorgaben beachtet. Die *Union* ist bei der Aushandlung der materiellen Schutzstandards des Investitionsschutzrechts und der sonstigen Inhalte des CETA auch an die umwelt- und menschenrechtlichen Vorgaben des Unionsrechts gebunden. Die umweltrechtlichen Vorgaben ergeben sich insbesondere aus Art. 37 GRCh („Ein hohes Umweltschutzniveau und die Verbesserung der Umweltqualität müssen in die Politiken der *Union* einbezogen und nach dem Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung sichergestellt werden.“) und aus Art. 191 ff. AEUV.

Die wichtigsten Menschenrechtskodifikationen, die im vorliegenden Zusammenhang einschlägig sind, sind die Europäische Grundrechtecharta (GRCh), die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und ihr Erstes Zusatzprotokoll (ZP I EMRK) in der Fassung der Protokolle 11 und 14,⁸⁰ die Europäische Sozialcharta von 1961 (ESC),⁸¹ die revidierte Europäische Sozialcharta von 1996 (RESC),⁸² der Internationale Pakt für bürgerliche und politische Rechte (UN-Zivilpakt),⁸³ der Internationale Pakt für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UN-Sozialpakt)⁸⁴ sowie die Internationale Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-Behindertenkonvention).⁸⁵ Schließlich sind die Kernarbeitsnormen der International Labour Orga-

79 Zudem ist mehr als fraglich, ob die Kompetenzen der *Committees* die mitgliedstaatlichen Beteiligungsrechte wahren, siehe hierzu Stoll u.a., Fn. 33, S. 21 ff.

80 Protokoll 14: SEV Nr. 194; Protokoll 11: SEV Nr. 155.

81 SEV Nr. 35.

82 SEV Nr. 163.

83 U.N.T.S. 999, S. 171.

84 U.N.T.S. 993, S. 3.

85 U.N.T.S. 2515, S. 3.

nisation (ILO) heranzuziehen, so wie sie in den acht Übereinkommen über Vereinigungsfreiheit und Schutz des Vereinigungsrechtes (1948), Vereinigungsrecht und Recht zu Kollektivverhandlungen (1949), Zwangsarbeit (1930), Abschaffung der Zwangsarbeit (1957), Gleichheit des Entgelts (1951), Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf (1958), Mindestalter (1973) und Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit (1999) sowie der den Regelungsgehalt dieser Übereinkommen zusammenfassenden „Erklärung über die grundlegenden Prinzipien und Rechte bei der Arbeit“ der ILO zum Ausdruck kommen.⁸⁶

Die *Union* unterliegt demnach bei der Aushandlung des CETA menschenrechtlichen Verpflichtungen. Sie kann sich durch einen völkerrechtlichen Vertrag nicht ihrer unionsrechtlichen und völkerrechtlichen Bindungen entledigen, wie der EuGH in der Rechtssache *Kadi u.a.* klarstellte.⁸⁷ Darin stellte er fest, dass etwaige Verpflichtungen aufgrund internationaler Übereinkünfte nicht die Verfassungsgrundsätze des EU-Vertrages, darunter die menschenrechtlichen Bindungen der EU nach Art. 6 EUV, beeinträchtigen dürften.⁸⁸ In Bezug auf das CETA ergeben sich in diesem Zusammenhang eine Reihe problematischer Fragen, insbesondere in Bezug auf die Absicherung der Menschen- und Umweltrechtsstandards im Investitionsschutzrecht (hierzu a.), die fehlenden Sozialstandards (hierzu b.), die mangelhaften Gesundheits- und Umweltstandards (hierzu c.) sowie den fehlenden Schutz von Individual- und Allgemeingütern (hierzu d.).

a. Keine Absicherung der Menschen- und Umweltrechtsstandards im Investitionsschutzrecht

Zunächst stellt sich die Frage, ob die investitionsschutzrechtlichen Regelungen des CETA mit den für das Unionsrecht maßgeblichen Menschen- und Umweltrechtsstandards vereinbar sind. Ein Blick auf die investitionsschiedsgerichtliche Praxis zeigt, dass die Bedenken im Hinblick auf die Wahrung der Menschen- und Umweltrechte in ISDS-Verfahren nicht unbegründet sind. So entstanden in investitionsschutzrechtlichen Verfahren unter anderem Konflikte mit dem Recht auf Gesundheit,⁸⁹ dem Recht auf Wasser⁹⁰ und mit allgemeinen Umweltrechten.⁹¹ Auch das aktuelle Verfahren *Chevron/*

86 ILO-Übereinkommen 87, 98, 29, 105, 100, 111, 138 und 182. Die „Erklärung über die grundlegenden Prinzipien und Rechte bei der Arbeit“ wurde von der ILO auf ihrer 86. Tagung in Genf am 18.6.1998 angenommen.

87 EuGH, verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, *Kadi*, Urteil v. 3.9.2008.

88 EuGH, verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, *Kadi*, Urteil v. 3.9.2008, Rn. 316 ff.

89 Valentina, *Reconciling Public Health and Investor Rights: The Case of Tobacco*, in: Dupuy/Petersmann/Francioni, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, 2009, S. 452 ff.

90 Vgl. Thielbörger, *The Human Right to Water Versus Investor Rights: Double Dilemma or Pseudo-Conflict*, in: Dupuy/Petersmann/Francioni, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, 2009, S. 487 ff.

91 Pavoni, *Environmental Rights, Sustainable Development, and Investor State Case Law: A Critical Appraisal*, in: Dupuy/Petersmann/Francioni, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, 2009, S. 525 ff.

*Ecuador*⁹² zeigt, dass (Menschen-)Rechte Dritter in Schiedsverfahren oft nur unzureichend Beachtung finden und Schiedsverfahren auch unmittelbare Wirkung auf Rechte Dritter entfalten können. Schließlich manifestieren auch die beiden *Vattenfall*-Verfahren, in denen der schwedische Konzern *Vattenfall* die *Bundesrepublik Deutschland* auf Schadensersatz verklagte, welche gravierenden Implikationen Schiedsverfahren für umweltrechtliche Belange haben⁹³ und wie sie „in ein Spannungsverhältnis zu nationalem Verfassungsrecht geraten können.“⁹⁴ Die mangelnde Berücksichtigung von Rechten Dritter, die selbst nicht am Verfahren beteiligt sind, wird in der investitionsschutzrechtlichen Literatur intensiv diskutiert.⁹⁵ Häufig wird hier dafür argumentiert, dass eine menschenrechtskonforme Auslegung der Investorenrechte⁹⁶ oder eine verhältnismäßige Abwägung⁹⁷ zielführend sein könnte. Für neue Abkommen wird dabei eine Reihe konkreter Vorschläge zur Berücksichtigung menschenrechtlicher, umweltrechtlicher und sonstiger öffentlicher Belange gemacht.⁹⁸ Vor dem Hintergrund dieser schiedsgerichtlichen Praxis ist im Hinblick auf das CETA zu gewährleisten, dass die Investitionsschutzregeln des CETA nicht mit völker- und unionsrechtlichen Menschen- und Umweltrechtsbindungen kollidieren. Insbesondere muss die EU sicherstellen, dass das CETA nicht zu einer Verschlechterung oder Absenkung der menschen- und umweltrechtlichen Schutzstandards führt (Rückschrittsverbot).⁹⁹

aa. Die Investitionsschutzklauseln des CETA

Das CETA gewährt Investoren unter anderem Schutz vor Enteignung (*expropriation*)¹⁰⁰ und indirekter Enteignung (*indirect expropriation*).¹⁰¹ Ferner sichert es ihnen eine

92 *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador*, UN-CITRAL, PCA Case No. 2009-23; hierzu Franzki/Horst, On the Critical Potential of Law – and its Limits: Double Fragmentation of Law in *Chevron v. Ecuador*, in: Blome u.a. (Hrsg.), *Contested Regime Collisions*, 2016, S. 347 ff.

93 Krajewski, Umweltschutz und internationales Investitionsschutzrecht am Beispiel der *Vattenfall*-Klagen und des Transatlantischen Handels- und Investitionsabkommens (TTIP), in: ZUR 2014, S. 396 ff.

94 Krajewski, Fn. 93, S. 400.

95 Francioni, Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law, EJIL 20 (2009), S. 729 ff.

96 Vgl. Simma, Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights, in: *International and Comparative Law Quarterly* 60 (2011), S. 573 ff.; Simma/Kill, Harmonizing Investment Protection and International Human Rights: First steps towards a methodology, in: Kriebaum u.a. (Hrsg.), *International Investment Law for the 21st Century*, Essays in Honour of Christoph Schreuer, 2009, S. 677 ff. (695 ff.).

97 Vgl. Krommendijk/Morijn, ‘Proportional’ by What Measure(s)? Balancing Investor Interests and Human Rights by Way of Applying the Proportionality Principle in Investor-State Arbitration, in: Dupuy/Petersmann/Francioni, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, 2009, S. 422 ff.

98 Vgl. Nowrot, How to Include Environmental Protection, Human Rights and Sustainability in International Investment Law?, in: *The Journal of World Investment & Trade* 15 (2014), S. 612 ff.

99 Zum Regressionsverbot im Hinblick auf die Menschenrechte siehe CESCR, General Comment No. 3, E/1991/23, 14.12.1990, Rn. 9.

100 Art. 8.12. CETA in Verbindung mit Nr. 1. (a) Annex 8-A CETA.

101 Art. 8.12. CETA in Verbindung mit Nr. 1. (b) Annex 8-A CETA.

faire und gerechte Behandlung (*fair and equitable treatment*) zu.¹⁰² Diese Schutzstandards finden sich in unterschiedlicher Form in vielen Bilateral Investment Treaties (BITs).¹⁰³ Auch um den Bedenken aus der bisherigen Praxis der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit Rechnung zu tragen, wurden einige Regelungen in das CETA aufgenommen. Dies soll verhindern, dass diese Investorenrechte in CETA-Investitionsschutzverfahren mit unions- und völkerrechtlichen Verpflichtungen der *Union* aus der Grundrechtecharta, den internationalen Menschenrechtsinstrumenten sowie Belangen des Umweltschutzes und sonstigen Gemeinwohlaspekten kollidieren. So enthält Nr. 3 Annex 8-A CETA¹⁰⁴ eine Regelung, die gewährleisten soll, dass die Staaten auch weiterhin Normierungen zum Schutze des Gemeinwohls erlassen können, ohne von Schadenserstattungsforderungen bedroht zu sein.¹⁰⁵ Außerdem wird in Art. 8.31. Nr. 3. CETA dem Joint Committee die Möglichkeit gegeben, verbindliche Auslegungsmaßstäbe für das Tribunal zu erstellen,¹⁰⁶ was die Einflussmöglichkeit der Vertragsparteien auf die Verfahren steigern soll.¹⁰⁷ Allerdings weckt schon der im Auftrag der *Kommission* erstellte *Sustainability Impact Assessment*-Bericht zum CETA Zweifel daran, ob die genannten Vorkehrungen im CETA tatsächlich ausreichen, um Kollisionen mit menschen- und umweltrechtlichen Pflichten der *Union* hinreichend abzufedern. Denn dieser Bericht rät unter anderem davon ab, im Bereich des Investitionsschutzkapitels ISDS-Klauseln zu vereinbaren, da investitionsfördernde ökonomische Effekte dieser Klauseln nicht nachweisbar seien, aber negative Effekte auf Umwelt- und Sozialbelange drohten.¹⁰⁸ Diese Zweifel werden durch den Bericht des *Canadian Centre for Policy Alternatives* erheblich verstärkt, der davon ausgeht, dass Klauseln des CETA umweltrechtliche, arbeits-

102 Art. 8.10 CETA. Vgl. allgemein zum FET-Standard: Schernbeck, Der Fair and Equitable Treatment Standard in internationalen Investitionsschutzabkommen, 2013.

103 Vgl. zu einer Analyse dieser Klauseln im CETA: Kriebaum, FET and Expropriation in the (Invisible) EU Model BIT, in: The Journal of World Investment & Trade 15 (2014), S. 454 ff.

104 Diese lautet: „For greater certainty, except in the rare circumstance when the impact of a measure or series of measures is so severe in light of its purpose that it appears manifestly excessive, non-discriminatory measures of a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as health, safety and the environment, do not constitute indirect expropriations.”

105 Vgl. zu dieser Klausel: Nowrot, Fn. 98, S. 635; zu optimistisch zu dieser Klausel Schill, Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu den Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des Freihandelsabkommens zwischen der EU und Kanada (CETA) auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers, September 2014; zur Kritik an der Einschätzung von Schill siehe Krajewski, Anmerkungen zum Gutachten von Dr. Stephan Schill zu den Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu den Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des CETA auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers vom 22.9.2014.

106 Vgl. Art. 8.31.3.

107 Vgl. Nowrot, Fn. 105, S. 640 ff.

108 Kirkpatrick u.a., A Trade SIA Relating to the Negotiation of a Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) Between the EU and Canada, Final Report June 2011, S. 337 ff.

rechtliche und sozialrechtliche Standards unterlaufen und Regulierungsmöglichkeiten beschränken.¹⁰⁹

bb. Fehlende menschen- und umweltrechtliche Gewährleistungen

Es ist deshalb zu prüfen, ob das CETA sicherstellt, dass das Tribunal im Einzelfall unionsrechtliche Anforderungen an den Menschenrechtsschutz nicht zu Gunsten von Investorenrechten unterläuft. Dies ist schon grundsätzlich zweifelhaft, weil das CETA das Tribunal nicht an die gleichen völker- und unionsrechtlichen Menschenrechtsschutzstandards bindet, welchen die *Union* selbst unterliegt. Die einzige explizite Bezugnahme auf die Menschenrechte (eine solche enthält im gesamten CETA nur die Präambel) im Investitionsschutzkapitel findet sich in Annex 8-E¹¹⁰ und betrifft einen Spezialfall. Das CETA stellt hierbei insgesamt bislang nicht aus sich heraus sicher, dass in den Verfahren vor dem Tribunal der materielle Gewährleistungsgehalt der unionsrechtlichen menschenrechtlichen Verpflichtungen gewahrt wird. Dies zeigt sich insbesondere bei Kollisionen von Rechten, die Investoren durch CETA eingeräumt werden, mit (Menschen-) Rechten Dritter, die nicht an den Investitionsschutzverfahren beteiligt sind. So sichert CETA Investoren in Art. 8.10. CETA faire und gerechte Behandlung zu. In Nr. 4 dieses Artikels wird darauf hingewiesen, dass die Gewährleistung fairer und gerechter Behandlung u. a. dann verletzt sein kann, wenn der Gaststaat der Investition legitime Erwartungen des Investors in Bezug auf seine Investition geweckt und diese Erwartungen enttäuscht hat. Wenn demnach ein Gaststaat etwa Zusicherungen in Bezug auf behördliche Genehmigungen gemacht hat, kann der Investor auf diese vertrauen, selbst wenn diese rechtlich problematisch oder gar rechtswidrig sind.¹¹¹ Behördliche Genehmigungen von Großprojekten sichern aber regelmäßig auch Rechte Dritter. So können bauordnungsrechtliche, bauplanungsrechtliche und umweltrechtliche Genehmigungen individuelle Rechte von Nachbarn und Anwohnern in Bezug auf Gesundheitsschutz, Eigentumsschutz und Umweltschutz absichern. Vor nationalen Gerichten könnten Dritte diese Rechte geltend machen und durchsetzen, auch wenn eine staatliche Stelle unter Missachtung dieser Rechte gegenüber einem Investor etwaige Zusicherungen getätigt hat. Vor dem Tribunal würden die Rechte Dritter und Umweltbelange hingegen strukturell gar nicht zur Geltung gebracht werden können. Wenn z.B. die Rück-

109 Sinclair/Trew/Mertins-Kerkwood (Hrsg.), *Making Sense of the CETA. An Analysis of the Final Text of the Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement*, Canadian Centre for Policy Alternatives, September 2014.

110 Diese lautet: “*With respect to Article X.15 (Denial of Benefits- Investment), Article Y (Denial of Benefits – CBTS) and Article XX (National Security Exception – Exceptions), the Parties confirm their understanding that measures that are ‘related to the maintenance of international peace and security’ include the protection of human rights.*”

111 Hierzu führt der Bericht des Canadian Centre for Policy Alternatives aus: “This clarification tilts the balance in favour of the investor and poses a clear threat to the rights of governments to regulate, and especially to alter and strengthen regulatory approaches in response to changing circumstances, new knowledge, investor behaviour, public perceptions of risk, and democratic decision-making. It singles out the ‘legitimate expectations’ that investors may hold for their investments as an interpretive issue that tribunals may consider — even above issues relating to the public interest” (Sinclair/Trew/Mertins-Kerkwood (Hrsg.), Fn. 109, S. 16).

forderung einer unionsrechtswidrig gewährten Genehmigung oder Begünstigung vom Tribunal zum Anlass genommen wird, einem Investor Schadensersatz für die zurückgeforderten Begünstigung oder die zurückgenommene Genehmigung zuzusprechen, ist nicht nur der Grundsatz der Autonomie der Unionsrechtsordnung verletzt. Denn ein Wettbewerber hätte nach deutschem und europäischem Recht z.B. die Möglichkeit, geltend zu machen, dass er durch eine rechtswidrig gewährte Begünstigung an einen Konkurrenten in seinem aus den Grundrechten fließenden Recht der Wettbewerbsfreiheit verletzt ist.¹¹² Ein solches Recht kann der Wettbewerber aber vor dem Tribunal nicht zur Geltung bringen. Er ist gar nicht an diesem Verfahren beteiligt. Das Recht des Wettbewerbers würde deshalb durch die faktische Wirkung der Entscheidung des Tribunals leerlaufen. Dies stellt eine Verletzung des u.a. in Art. 47 GRCh gewährten Rechts auf einen wirksamen Rechtsbehelf dar. Denn die faktische Wirkung des Verfahrens kann Rechte Dritter, also nicht am Verfahren Beteiligter (nicht nur in Beihilfekonstellationen), unmittelbar beeinträchtigen. Derart Betroffene, die sich durch eine Entscheidung eines Tribunals in ihren Grund- und Menschenrechten verletzt sehen, haben nach dem CETA jedoch keine Möglichkeit, ihre Rechte prozessual zur Geltung zu bringen. Schon in der *Kadi*-Entscheidung hat der EuGH allerdings festgestellt, dass das Recht auf rechtliches Gehör nicht durch eine völkerrechtliche Vereinbarung unterlaufen werden darf.¹¹³ Es müsste deshalb ein Verfahren geschaffen werden, in welchem eine betroffene Person gegen die Entscheidung des Tribunals vorgehen könnte. D.h. es müsste ermöglicht werden, dass Einzelne vor dem EuGH Entscheidungen des Tribunals angreifen können, mit der Begründung, in völker- oder unionsrechtlich gewährleisteten subjektiven Rechten verletzt zu sein.

b. Fehlende Sozialstandards

Ferner ist generell und nicht nur auf den Investitionsschutz bezogen fraglich, ob das CETA den völker- und unionsrechtlich verankerten Sozialstandards hinreichend Rechnung trägt.

So wird zwar die Einhaltung internationaler Arbeitsnormen im Kapitel 23 „Handel und Arbeit“ angesprochen und die Parteien des CETA bekräftigen beispielsweise ihre Verpflichtungen im Rahmen der ILO, unter besonderem Verweis auf die ILO-Erklärung über die „grundlegenden Prinzipien und Rechte bei der Arbeit“, die in den acht Konventionen über Kernarbeitsnormen realisiert sind (Art. 23.3 Nrn. 1 und 2). Dies lässt aber unerwähnt, dass sich für den Vertragspartner *Kanada* diese Bekräftigung gerade nicht auf die Konvention 98 über das Recht zu Kollektivverhandlungen und die Konvention 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung beziehen kann, denn diese Abkommen hat *Kanada* nicht ratifiziert. Auch die Zielvorgabe, dass die Parteien „kontinuierliche und dauerhafte Anstrengungen unternehmen werden, die grundlegenden ILO-Konventionen zu ratifizieren, soweit sie dies noch nicht getan haben“ (Art. 23.3. Nr. 4), ist zu vage, zumal die EU nicht formelles Mitglied der ILO ist. Sofern in Art. 23.3 dieses Kapitels daran erinnert wird, dass die jeweilige Vertragspartei

¹¹² Vgl. BVerwGE 30, 191 (Rn. 57).

¹¹³ EuGH, Urteil vom 3. 9. 2008 – C-402/05 P („Kadi“), Rn. 326.

„in accordance with its obligations as member of the ILO“ handelt, folgt daraus für die EU keine Bindung.

Da das Kapitel zu „Handel und Arbeit“ einen Streitbeilegungsmechanismus vorsieht (Art. 23.9 ff.), der die solchermaßen unbestimmten Zielvorgaben im Konfliktfall in Expertenkomitees konkretisieren soll, besteht die Gefahr eines „race to the bottom“. Auch der Konsultationsprozess, der nach Art. 23.10 Nr. 9 iVm Nr. 42 Annex 29-A mit der ILO vorgesehen ist, bleibt hier zu vage, da nicht klar ist, inwiefern die Stellungnahmen der ILO im Prozess Berücksichtigung finden müssen.¹¹⁴

Das CETA garantiert daher bislang nicht hinreichend die Rechte auf Mitbestimmung und Tarifautonomie sowie die Schutzrechte für Arbeitnehmer_innen. Es berührt entsprechende nationale Gesetze oder Vorschriften eines EU-Mitgliedsstaates – insbesondere hinsichtlich der Regulierung des Arbeitsmarktes und der sozialen Sicherungssysteme, der Tarifautonomie, des Streikrechts, von Mindestlöhnen und Tarifverträgen – ohne mit hinreichender Deutlichkeit die Mindeststandards des Unionsrechts als nicht dispositiven Kernbestand auszuweisen.

c. Mangelhafte Gesundheits- und Umweltstandards

Ähnlich problematisch sind die Regelungen im Hinblick auf Gesundheits- und Umweltstandards. Die vollmundigen politischen Erklärungen¹¹⁵ spiegeln sich in den Rechtsgrundlagen nicht wider. Während Art. 35 GRCh die Unionsorgane dazu verpflichtet, bei der Festlegung und Durchführung aller Politiken und Maßnahmen der *Union* ein hohes Gesundheitsschutzniveau sicherzustellen, wählt das CETA schon im Grundsatz einen anderen Ansatz. Das wird besonders deutlich, wo es um die Regulierung der Biotechnologie geht.¹¹⁶ Denn laut CETA-Text ist das Ziel der Politiken in diesem Feld nicht, ein hohes Gesundheitsschutzniveau zu sichern, sondern „to minimize adverse trade impacts of regulative practices“. Zudem ist die in lit. c) angesprochene „low level presence of genetically modified organisms“ mit den tragenden Prinzipien des europäischen Umwelt- und Gesundheitsrechts – Vorsorgeprinzip, Nulltoleranz, Haftung und Kennzeichnung (Art. 191 AEUV i.V.m. Art. 3 Abs. 3 EUV und Art. 11

114 Siehe auch UNCTAD, Trade and Development Report 2014 (UNCTAD/TDR/2014), S. 135 ff. (137) - mit dem Hinweis, dass gerade aus der Kombination unbestimmter Rechtsbegriffe in den Handelsabkommen mit einer institutionell unausgewogenen Struktur der transnationalen Schiedsgerichtsbarkeit soziale Dysfunktionalitäten entstehen.

115 „Weder wird das Chlorhühnchen Einzug halten, noch werden gentechnisch veränderte Lebensmittel in Zukunft in die Europäische Union importiert werden können“ (Bundeskanzlerin Merkel, zitiert nach: Mayer-Rüth. Merkel und Gabriel verteidigen TTIP, in: Tagesschau v. 19.9.2014, abrufbar via <http://www.tagesschau.de/wirtschaft/ttip-102.html>).

116 Art. 25.2. Nr. 2 lautet: „The Parties also note the importance of the following shared objectives with respect to cooperation in the field of biotechnology: [...] (b) to promote efficient science-based approval processes for biotechnology products; (c) to cooperate internationally on issues related to biotechnology such as low level presence of genetically modified organisms; and (d) to engage in regulatory cooperation to minimize adverse trade impacts of regulatory practices related to biotechnology products.“

AEUV) – unvereinbar.¹¹⁷ Zu diesem Schluss kommt hinsichtlich eines Vorentwurfs des Abkommens auch ein vertrauliches Gutachten des *Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages*.¹¹⁸ Das regulatorische Desinteresse an verbindlicher Standardsetzung in diesem Bereich wird auch im Nachhaltigkeitskapitel sichtbar, wo statt verbindlicher Regulierung auf „voluntary best practices“ gesetzt wird: „encouraging the development and use of voluntary schemes relating to the sustainable production of goods and services, such as ecolabelling and fair trade schemes“ (Art. 22.3. Nr. 2 (a)).

d. Fehlender Schutz von Individual- und Allgemeingütern

Das CETA enthält, anders als zahlreiche andere Investitionsschutzabkommen der EU,¹¹⁹ die zumindest eine sog. „essential elements“-Klausel beinhalten, keine allgemeine Bezugnahme auf Menschen- und Umweltrechte. Mit einer solchen Klausel wird regelmäßig die Achtung der Menschenrechte und demokratischer Prinzipien verlangt und damit ermöglicht, eine menschenrechtskonforme Anwendung des jeweiligen Abkommens zu gewährleisten. Im Handelsübereinkommen zwischen der *Europäischen Union* und ihren Mitgliedstaaten einerseits sowie *Kolumbien* und *Peru* andererseits findet sich diese Klausel beispielsweise in Art. 1 („Allgemeine Grundsätze“):

„Die Wahrung der demokratischen Grundsätze und die Achtung der grundlegenden Menschenrechte, wie sie in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte niedergelegt sind, sowie die Wahrung des Grundsatzes der Rechtstaatlichkeit sind das Fundament für die Gestaltung der Innen- und Außenbeziehungen der Vertragsparteien. Die Beachtung dieser Grundsätze ist ein wesentlicher Bestandteil dieses Übereinkommens.“

Diese Menschenrechtsklauseln sind bislang zentraler Bestandteil der EU-Handelspolitik. Sie ermöglichen es, auch solche Rechtsverletzungen vertraglich zu sanktionieren, die mit dem Vertragsvollzug zunächst in keinem Sachzusammenhang stehen. Die bisherigen Verwendungsformen der Klausel sind indes deutlich auf den Fall zugeschnitten, dass der Vertragspartner Menschenrechtsverletzungen begeht. Es gibt aber durchaus auch Klauseln, die in der jeweiligen Anwendung die Individual- und Allgemeingüter gegenüber der ökonomischen Logik priorisieren, so bspw. Art. 17 Abs. 1 des Investitionsschutzabkommens zwischen *Kanada* und *Tansania*, in dem festgehalten wird:

“Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner that would constitute arbitrary or unjustifiable discrimination between investments or between investors, or a disguised restriction on international trade or investment, this Agreement shall not be construed to prevent a Party from adopting or enforcing measures ne-

117 I.d.S. auch Stoll/Krüger, *Agrar- und verbraucherpolitische Auswirkungen des CETA*, Januar 2014, S. 12.

118 Dort heißt es u.a.: „Angesichts des Ziels eines weitgehenden Abbaus von nichttarifären Handelshemmnissen durch das geplante TTIP-Abkommen sowie das CETA wäre eine Ausweitung der Kennzeichnungspflicht für Produkte von mit GVO gefütterten Tieren nach Abschluss der Abkommen entsprechend den Maßstäben des TBT-Abkommens sowie des SPS-Abkommens mit dem Risiko entsprechender Klagen der USA bzw. Kanadas behaftet“ (Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, *EU-Kennzeichnungspflicht für Lebensmittel aus mit GVO gefütterten Tieren*, PE 6 – 3000 – 141/14, 15. August 2014).

119 Nachweise bei Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law*, 2011, S. 242.

cessary: (a) to protect human, animal or plant life or health; (b) to ensure compliance with laws and regulations that are not inconsistent with this Agreement; or (c) for the conservation of living or non-living exhaustible natural resources."¹²⁰

Eine solche Menschen- und Umweltrechtsklausel, die im Kontext vertiefter Handels- und Investitionsabkommen einen wirksamen Schutz von Menschen- und Umweltrechtsstandards bietet,¹²¹ sollte, um effektiv zu sein, aber nicht nur den Bestand dieser Rechte in Bezug nehmen. Sie sollte vielmehr auch einen prozeduralen Schutzmechanismus vorsehen und für den Fall, dass eine Verpflichtung aus dem CETA den individual- und allgemeinwohlbezogenen Verpflichtungen einer Vertragspartei widerspricht, einen Konsultationsprozess vorschreiben. Ziel dieses Prozesses sollte wiederum sein, der jeweiligen Vertragspartei eine Beachtung individual- und allgemeinwohlbezogener Verpflichtungen zu ermöglichen. Beispiele für solche Klauseln und Verfahrensregeln sind bereits entwickelt.¹²² Schließlich sollte eine solche Klausel prozessuale Klagerechte auch für Individuen und – im Hinblick auf Umweltbelange – ggf. auch Verbände gewährleisten. Insgesamt geht es darum, die Möglichkeit zu erhalten, Maßnahmen zum Schutz von Individual- und Allgemeingütern durchführen zu können, ohne sich nach dem CETA haftbar zu machen.

Das Fehlen einer solchen Klausel ist insbesondere für den Fall multipolarer Grundrechtskonstellationen,¹²³ d.h. Konstellationen, in denen mehrere Grundrechtsträger mit kollidierenden Grundrechten und damit also auch nicht durch das CETA geschützte Dritte betroffen sind, problematisch. Ohne eine allgemeine Klausel, die den Schutz von Individual- und Allgemeingütern ermöglicht, gibt es keine hinreichende Handhabe dafür, die unionsrechtlichen Pflichten zum Schutz von Menschenrechten und Allgemeinwohl als Geltungsschranke des CETA zu interpretieren. Es besteht dadurch die ernst zu nehmende Gefahr, dass es zu Wertungswidersprüchen zwischen der europäischen Grundrechtsordnung und den Anforderungen des CETA kommt. Die Unionsrechtsordnung könnte dann – strukturell vergleichbar mit der der *Kadi*-Entscheidung des EuGH

120 Agreement between the Government of Canada and the Government of the United Republic of Tanzania for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, signed 16 May 2013 (in Kraft seit dem 9.12.2013), www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/tanzania-text-tanzanie.aspx?lang=eng (26.9.2014).

121 Für weitere Beispiele siehe Karsten Nowrot, How to Include Environmental Protection, Human Rights and Sustainability in International Investment Law?, *The Journal of World Investment & Trade* 15 (2014), S. 612 ff.

122 So haben beispielsweise das Deutsche Institut für Menschenrechte und Misereor unlängst eine Musterklausel vorgeschlagen, die für diesen Zweck beispielgebend sein könnte (auch wenn in ihr die umweltrechtlichen Anforderungen stärker akzentuiert werden sollten), siehe Bartels, A Model Human Rights Clause for the EU's International Trade Agreements, *Deutsches Institut für Menschenrechte & Misereor*, Februar 2014, S. 36 ff.

123 Vgl. Calliess, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, in: *JZ* 2006, S. 321 ff.

zugrunde liegenden Konstellation¹²⁴ – in Widerspruch zu den CETA-Anforderungen geraten, ohne dass eine generelle Menschen- und Umweltrechtsklausel es ermöglichen würde, diesen Widerspruch durch menschenrechtskonforme Auslegung des CETA aufzulösen. Das kann zu der Situation führen, dass die Beachtung des Unionsrechts und seiner Schutzpflichten für Individual- und Allgemeingüter zu einer Verletzung der völkerrechtlichen Pflichten der *Union* nötigt.

In Ausformung der unionsrechtlichen Verpflichtungen sind daher die Normkonflikte zwischen menschen- und umweltrechtlichen Verpflichtungen und CETA-Anforderungen über eine Klausel abzumildern, die den Schutz von Individual- und Allgemeingütern ermöglicht. Diese Klausel sollte für den Fall der Gefährdung von Individual- und Allgemeingütern ein Konsultationsverfahren eröffnen, das auch das *Europäische Parlament* einbindet. Die Einführung einer solchen Klausel könnte durch die Etablierung eines menschenrechtlichen Schutzmechanismus komplettiert werden, der auch zivilgesellschaftliche Akteure einbezieht.¹²⁵ Ihre gerichtsförmige Durchsetzbarkeit – gerade auch im Hinblick auf das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf von Drittbetroffenen (Art. 47 GRCh) – wäre zu gewährleisten.

III. Fazit

CETA und TTIP stehen für eine neue Generation des Freihandels-Investitionsschutzes. Die Jurisdiktion der Schiedsgerichte soll sich nicht nur auf Direktinvestitionen erstrecken, sondern auch auf Finanzdienstleistungen. Das ist in dieser Breite eine neue Dimension transnationalen Investitionsschutzes. Auf die damit einhergehenden unionsrechtlichen Fragen findet das CETA bislang keine zufriedenstellenden Antworten. Weder ist die vorgesehene Ausschussstruktur mit dem Unionsrecht vereinbar noch wahrt das Schiedstribunal den Grundsatz der Autonomie des Unionsrechts. Auch die etwa in der Grundrechtecharta etablierten Arbeits-, Umwelt- und Menschenrechtsstandards werden nicht hinreichend in CETA verankert.

124 EuGH, Urteil vom 3. 9. 2008 – C-402/05 P („Kadi“), Rn. 326: „Aus alledem ergibt sich, dass die Gemeinschaftsgerichte im Einklang mit den Befugnissen, die ihnen aufgrund des EG-Vertrags zustehen, eine grundsätzlich umfassende Kontrolle der Rechtmäßigkeit sämtlicher Handlungen der Gemeinschaft im Hinblick auf die Grundrechte als Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts gewährleisten müssen, und zwar auch in Bezug auf diejenigen Handlungen der Gemeinschaft, die wie die streitige Verordnung der Umsetzung von Resolutionen des Sicherheitsrats nach Kapitel VII der UN-Charta dienen sollen.“

125 Siehe die Vorschläge bei Bartels, Fn. 121, S. 36 ff.